

auswirken und bei Investitionen ab einer bestimmten Höhe vor einer Vorlage im Kabinett ein – allerdings nicht bindendes – Gutachten des Raumordnungsministers über die Raum- und diesbezügliche Umweltverträglichkeit einzuholen ist⁶⁷.

c) *Einwirkung auf Bundes- und Landesstellen gleichermaßen*
Aus dem Arsenal an Möglichkeiten einer effektiveren Einwirkung auf Bundes- und Landesstellen sei lediglich die Harmonisierung der Raumordnungsklauseln in den Fachgesetzen und ihre Verknüpfung mit Umweltschutzklauseln herausgegriffen.

Zur Notwendigkeit der stärkeren Angleichung fachgesetzlicher Raumordnungsklauseln ist anderenorts Überzeugendes ausgeführt worden⁶⁸. Standardklausel sollte insoweit § 5 Abs. 4 ROG sein. Als Maßstab der Beachtungspflicht bieten sich aufgrund der inzwischen vollzogenen Umsetzung der Grundsätze der Raumordnung in Raumordnungspläne durch die Länder lediglich die Ziele der Raumordnung und Landesplanung an. § 1 Abs. 4 BBauG hat in diesem Sinne Vorbildcharakter. Auch sollte klargestellt werden, daß die Entscheidung darüber, ob die Klauseln eingehalten worden sind, den Landesplanungsstellen obliegt, nicht aber der jeweiligen Fachplanungsbehörde⁶⁹.

Unter dem hier interessierenden Gesichtspunkt erscheint es wichtiger, daß Umweltschutzklauseln räumlicher Art und Raumordnungsklauseln enger miteinander verbunden, am besten zusammengefaßt werden. Zwar ist Adressat der Umweltschutzklauseln auch die Raumordnung und Landesplanung. Soweit sich Klauseln indes im – eigentlichen – Umweltschutzrecht finden, wendet sich das ihnen inhärente Berücksichtigungsgebot primär an herkömmliche Fachplanungen, etwa des Verkehrs u. a. m. In diesen Fällen erscheint – aufgrund derselben Bezugsrichtung – eine Verbindung von Umweltschutzklauseln und Raumordnungsklauseln vonnöten. Zu denken ist etwa an das Bundes-Immissionsschutzgesetz, das in § 50 das

bekannte (möglichste) Trennungsgebot unverträglicher Nutzungen vorhält. Bei der dringend gebotenen Einführung einer Raumordnungsklausel im Zusammenhang mit der Luftreinhalteplanung nach §§ 44 ff. BImSchG⁷⁰ sollte in diesem Sinne von vornherein eine Verbindung mit § 50 BImSchG hergestellt werden; dergestalt etwa, daß in der Vorschrift die raumordnerische Zielbeachtungspflicht mit den Maßgaben des Trennungsgebots verbunden wird.

C. Ausblick

Die Ausführungen konnten aufgrund der komplexen Thematik nur Bruchstücke liefern, lediglich einzelne Ansatzpunkte. Wenn Fragen der Gesetzgebungskompetenz besondere Betonung gefunden haben, so zum Teil deshalb, weil Möglichkeiten und Aufgaben des Bundes im Vordergrund des Referates standen. Hierüber hinausgehend sollte einer zu engen Interpretation des Begriffs Raumordnung und dem Mißverständnis entgegengewirkt werden, fachbezogene Aussagen könnten von vornherein nicht Gegenstand raumordnerischen Handelns sein. Sie können es sehr wohl, nur eben nicht ihre Durch- und Umsetzung.

Um ein letztes Beispiel anzufügen: Die Diskussion steuerlicher bzw. steuergesetzgeberischer Einschränkungen aus raum- und umweltpolitischen Gründen – Stichwort: Standortsteuer etc. – verharret nicht nur viel zu sehr im Zwiespalt der Grundsätze der Gleichmäßigkeit der Besteuerung einerseits und der Gleichwertigkeit der Lebensverhältnisse andererseits⁷¹. Allzuschnell wird auch die kompetenzielle Lösung, also die Beantwortung der Frage nach der Zuständigkeit zur Einführung räumlich differenzierter Steuern, im Rahmen fachlicher Aufgabenverteilung gesucht – hier etwa im Bereich der Steuergesetzgebung⁷². Unzureichend berücksichtigt erscheint, daß aufgrund unzweifelhafter raumrelevanter Folgewirkungen solcher Abgabepolitik diesbezügliche raumordnerische Vorgaben möglich und – aufgrund der gesamtplanerischen Funktion der Raumordnung – sogar geboten sind.

67 Schöler (Fußn. 19), S. 158.

68 Schmidt-Aßmann, Raumordnungsklauseln (Fußn. 27), auch zum Nachfolgenden.

69 Beirat (Fußn. 1), S. 21 f.; i. e. Schmidt-Aßmann, Raumordnungsklauseln (Fußn. 27), S. 36 f.

70 Vgl. Erbguth, Immissionsschutz (Fußn. 13), S. 81.

71 Beirat (Fußn. 1), S. 34.

72 So deutlich der Beirat (Fußn. 1), S. 35.

Öffentlich-rechtliche Verträge zwischen Staat und Bürgern

Von Privatdozent Dr. Christoph Gusy, Hagen

Die Verwaltungsverfahrensgesetze in Bund und Ländern haben erstmals eine eingehendere Regelung des öffentlichen Vertragsrechts positiviert. Damit war ein das gesamte Jahrhundert überdauernder Streit darüber, ob es das Institut des Vertrages im Verwaltungsrecht überhaupt geben könne und geben solle, gesetzlich entschieden. Dem »praktischen Bedürfnis« sollte so Genüge getan werden. Desungeachtet artikuliert sich angesichts der gesetzlichen Bestimmungen ein verbreitetes Unbehagen. Die Tendenz »Wider den öffentlich-rechtlichen Vertrag«¹ kritisiert das Vertragsinstitut überhaupt wie seine gesetzlichen Regelungen. Für Österreich erhebt sich gar die Frage: »Was bringt

der öffentlich-rechtliche Vertrag?« Für das deutsche Recht erscheint trotz der gesetzlichen Regelungen diese Frage nahezu beantwortet, »zumal die durch den öffentlich-rechtlichen Vertrag aufgeworfenen Rechtsfragen noch komplizierter sind als die, die durch privatrechtliche Verträge entstehen können. Letzteres folgt aus der Zwischenstellung des vom Verwaltungsverfahrensgesetz mit wenigen eigenen Vorschriften höchst fragmentarisch geregelten öffentlich-rechtlichen Vertrages im Schnittpunkt der subsidiär geltenden Vorschriften über den Verwaltungsakt und der analog anwendbaren Vorschriften des BGB. Auf beide Rechtsmassen und die ihnen innewohnenden Schwierigkeiten verweist § 62 VwVfG. Zusätzlich verweisen § 59 I und § 59 II Nr. 1 VwVfG einerseits auf die im BGB geregelten und andererseits auf die für Verwal-

1 Püttner, DVBl. 1982, 122.

2 Wielinger, ZfV 1983, 14.

tungsakte geltenden Nichtigkeitsgründe³. Ein Institut, das partiell auf Bestimmungen des Zivilrechts, partiell auf diejenigen für den Verwaltungsakt verweist und zudem einzelne, höchst fragmentarische Normen selbst bereithält, erscheint theoretisch wie praktisch stets neu als Rätsel.

1. Der Anwendungsbereich des öffentlichen Vertragsrechts zwischen Staat und Bürgern

1. Der öffentlich-rechtliche Vertrag

Daß es öffentlich-rechtliche Verträge gibt, ist gesetzlich festgestellt. Vollständig unklar war und blieb zu allen Zeiten, welche Verträge dem öffentlichen Recht zuzuordnen sind. Die überkommene Dogmatik unterscheidet hier koordinationsrechtliche und subordinationsrechtliche Verträge. Koordinationsrechtlich ist ein öffentlich-rechtlicher Vertrag, wenn die Parteien rechtlich gleichgeordnet sind; subordinationsrechtlich ist der Vertrag, wenn zwischen den Parteien ein Verhältnis von Über- und Unterordnung besteht. Damit war das Problem allerdings erst geschaffen, keineswegs hingegen gelöst. Die Kriterien von Gleich- bzw. Über- und Unterordnung hatten sich zur Abgrenzung von öffentlichem Recht und Zivilrecht als unbrauchbar erwiesen. Das gegenwärtig überwiegende *Sonderrechtskriterium* ermöglicht zwar eine vertiefte wissenschaftliche Durchdringung und Präzisierung der Zuordnung, läßt sich aber mit koordinations- bzw. subordinationsrechtlichen Ansätzen nicht in Einklang bringen⁴.

Derartigen Widersprüchen weicht das Verwaltungsverfahrensgesetz bereits dadurch aus, daß es seinerseits die überkommene Differenzierung nicht aufnimmt. »Ein Rechtsverhältnis auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts kann durch Vertrag begründet, geändert oder aufgehoben werden« (§ 54 Satz 1 VwVfG). Damit war die Möglichkeit eröffnet, auch im Vertragsrecht nach dem Sonderrechtskriterium zwischen öffentlichem und privatem Recht zu differenzieren und sodann alle derart als öffentlich-rechtlich qualifizierten Verträge den Regelungen der §§ 54 ff. VwVfG zu unterstellen. Daraus resultierten Probleme allerdings stets dann, wenn der Vertrag nicht ausschließlich zwischen Behörden geschlossen wurde, sondern als Parteien Staat und Bürger auftraten. Wann hier »Sonderrecht des Staates« einschlägig war, ließ sich kaum noch nach rationalen Kriterien ermitteln. Umstritten war und blieb etwa die Frage nach der Existenz öffentlich-rechtlicher Dienst-, Miet- und Kaufverträge⁵.

Das Vertragsrecht erscheint gegenwärtig geradezu als *Bewährungsprobe des Sonderrechtskriteriums* und damit der Abgrenzung zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht überhaupt. Hier vermögen die Verwaltungsverfahrensgesetze, welche das Tatbestandsmerkmal »auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts« enthalten, keinerlei Entscheidungshilfe zu bieten. Sie setzen voraus, was dogmatisch noch klärungsbedürftig ist.

2. Öffentlich-rechtlicher Vertrag und Verwaltungsakt

Nach § 54 Satz 2 VwVfG kann die Behörde insbesondere,

»anstatt einen Verwaltungsakt zu erlassen, einen öffentlich-rechtlichen Vertrag mit demjenigen schließen, an den sie sonst den Verwaltungsakt richten würde«. Demnach sind Vertrag und Verwaltungsakt funktionell äquivalent: Was zulässigerweise durch einen Verwaltungsakt angeordnet werden kann, kann statt dessen durch einen öffentlich-rechtlichen Vertrag vereinbart werden. Die Auswahl zwischen beiden Handlungsformen liegt im pflichtgemäßen Ermessen der Behörde. Das gilt jedenfalls, soweit nicht im Einzelfall spezielle Vorschriften entgegenstehen. Über jene Gleichordnung von Vertrag und Verwaltungsakt hinaus stellt § 54 Satz 2 VwVfG zugleich eine erhebliche Konkretisierung des Anwendungsbereichs öffentlich-rechtlicher Verträge zwischen Staat und Bürger dar. Die Verknüpfung durch das Wort »insbesondere« deutet darauf hin, daß der Vertrag im Sinne des § 54 Satz 2 VwVfG der Regelfall, derjenige i. S. des § 54 Satz 1 VwVfG der Ausnahmefall sein soll. Dabei ging der Gesetzgeber davon aus, daß zwischen Staat und Bürger ausschließlich Verträge i. S. des § 54 Satz 2 VwVfG abgeschlossen werden können. Zwischen Staat und Bürger ist der Verwaltungsakt das überkommene Mittel einseitigen Handelns, ein Umstand, welcher durch das in § 35 Satz 1 VwVfG enthaltene Merkmal der »unmittelbaren Rechtswirkung nach außen« auch für die Gegenwart bestätigt wird. Weiter verweist die Begründung zu § 54 Satz 2 VwVfG darauf, daß Verträge im Sinne dieser Bestimmung »subordinationsrechtliche Verträge« seien⁶. Nach allgemeiner Anschauung bestand zwischen Staat und Bürger stets ein Subordinationsverhältnis, welches die einseitige Gestaltung durch Verwaltungsakte überhaupt erst ermöglichte. Rechtliche Gleichordnung bestand nur in Ausnahmefällen; sie sollte durch die Wahl der Handlungsform des Vertrages jedenfalls gerade nicht hergestellt werden. Schließlich ergibt sich dies auch aus dem Sinn und Zweck der Aufnahme öffentlich-rechtlicher Verträge in § 54 Satz 2 VwVfG⁷. Sie rechtfertigt sich »schon aus der Zielrichtung eines allgemeinen Verwaltungsverfahrensgesetzes, durch das vornehmlich solche Verträge geregelt werden müssen, die in einem Verwaltungsverfahren als Mittel des Verwaltungshandelns dazu dienen, die der Verwaltung gesetzten Aufgaben zu erfüllen«. Derartige Aufgaben der Verwaltung sind allerdings nicht primär die Regelung ihrer Binnenverhältnisse, sondern vielmehr das Handeln gegenüber dem Bürger.

Diese historischen, systematischen und teleologischen Erwägungen zeigen: Öffentlich-rechtliche Verträge zwischen Staat und Bürgern sind solche, welche Regelungen enthalten, die auch durch einen Verwaltungsakt getroffen werden können. Diese Umschreibung bezieht sich nicht auf alle Zulässigkeits- und Rechtmäßigkeitsmerkmale, sondern lediglich auf den Regelungsgegenstand, also die materiellen Rechtsbeziehungen, welche sie gestalten sollen. Öffentlich-rechtliche Verträge zwischen Staat und Bürgern beurteilen sich stets nach § 54 Satz 2 VwVfG⁸, niemals hingegen nach § 54 Satz 1 VwVfG⁸.

3 Battis, Allgemeines Verwaltungsrecht, Fernuniversität Hagen, 5, S. 2; Überblick über die Kritik bei Schimpf, Der verwaltungsrechtliche Vertrag unter besonderer Berücksichtigung seiner Rechtswidrigkeit, 1982, S. 13 ff.; Braun, JZ 1983, 841.

4 Problemskizze bei Menger, FS H. J. Wolff, 1973, S. 149 ff.

5 Das differenzierteste Modell entwickelt Gern, Der Vertrag zwischen Privaten über öffentlich-rechtliche Berechtigungen und Verpflichtungen, 1977; s. in neuerer Zeit Lange, NVwZ 1983, 313 ff.; Schimpf, ebd., S. 49 ff.

6 BT-Drucks. 6/1173, S. 63 (zu § 41 Satz 2 EVwVfG); ebenso 7/910, S. 79 f. (zu § 50 Satz 2 EVwVfG).

7 Ob § 54 Satz 2 VwVfG auch für Verträge zwischen Behörden anwendbar ist, mag hier dahinstehen; dafür etwa Meyer/Borgs, Verwaltungsverfahrensgesetz, 2. A., 1982, § 54 Rdnr. 48; wie hier wohl auch Erichsen/Martens, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6 A., 1983, S. 269.

8 Eine solche Beurteilung kommt lediglich in Betracht, wenn der Bürger im Einzelfall als Träger öffentlicher Verwaltung tätig wird; zur Existenz solcher Verträge Meyer/Borgs, ebd., § 54 Rdnr. 42.

3. Der Anwendungsbereich des Verwaltungsverfahrenrechts

Sind demnach öffentlich-rechtliche Verträge zwischen Staat und Bürgern solche, die Regelungen enthalten, welche auch durch einen Verwaltungsakt getroffen werden können, so ergeben sich keinerlei Abgrenzungsprobleme zu den sonstigen öffentlich-rechtlichen Verträgen i. S. des § 54 Satz 1 VwVfG. Die inhaltlich weitere Definition des § 54 Satz 1 VwVfG mag zwar auch den Anwendungsbereich des § 54 Satz 2 VwVfG in vollem Umfang zu umfassen. Desungeachtet können Konkurrenz- oder Kollisionsprobleme niemals entstehen. Soweit § 54 Satz 2 VwVfG reicht, ist § 54 Satz 1 VwVfG unanwendbar. § 54 Satz 2 VwVfG ist insoweit die Spezialnorm und daher allein anwendbar.

Auch die Abgrenzung öffentlich-rechtlicher und zivilrechtlicher Verträge zwischen Staat und Bürgern wird durch das dargestellte Kriterium erleichtert. Das Vertragsrecht erweitert danach den überkommenen Bestand des öffentlichen Rechts nicht. Dienst-, Werk-, Miet- und Kaufverträge sind auch dann zivilrechtlicher Natur, wenn sie zwischen Staat und Bürgern abgeschlossen sind. Derartige Rechtsbeziehungen sind einer Regelung durch Verwaltungsakt schlechterdings unzugänglich. Sie können daher auch niemals Gegenstand öffentlich-rechtlicher Verträge zwischen Staat und Bürger i. S. des § 54 Satz 2 VwVfG sein.

Nicht entschieden ist damit die allgemeine Frage, ob § 54 Satz 2 VwVfG öffentlich-rechtliche Verträge zwischen Staat und Bürgern abschließend regelt oder nicht. Umgekehrt formuliert lautet diese Problematik: Gibt es über den Anwendungsbereich des Verwaltungsverfahrensgesetzes hinaus weitere, nicht geregelte öffentlich-rechtliche Verträge zwischen Staat und Bürgern oder nicht? Für solche Vertragsverhältnisse würde dann die Regelung des § 54 Satz 1 VwVfG einschlägig sein können.

Die Existenz solcher weiterer Vertragsverhältnisse öffentlich-rechtlicher Art zwischen Staat und Bürgern ist allerdings nicht erkennbar. Das Sonderrechtskriterium läßt hier keine bruchlose, widerspruchsfreie Zuordnung anderer Vertragsverhältnisse zum öffentlichen Recht zu. Wie Kauf-, Miet-, Dienst- oder Werkverträge Sonderrecht des Staates darstellen oder vollziehen können, ist schlechterdings nicht erkennbar. Für eine Zuordnung derartiger Verträge zum öffentlichen Recht besteht auch keinerlei Bedürfnis. Das Zivilrecht bietet grundsätzlich ein adäquates rechtliches Regime zur sachgerechten Beurteilung solcher Vertragsverhältnisse. Auch wenn gegenwärtig unbestritten ist, daß auch die vertraglich handelnde Verwaltung besonderen öffentlich-rechtlichen Bindungen unterliegt⁹, so bleibt dadurch die Sachnähe zum Zivilrecht wesentlich größer als diejenige zu den überkommenen öffentlich-rechtlichen Normkomplexen. Ist hier das Zivilrecht sachgerecht und ausreichend, so wäre insoweit die Abgrenzungsfrage lediglich für das Rechtswegproblem relevant. Dieses büßt um so mehr an Bedeutung ein, als im Verwaltungsrecht gegenwärtig nicht mehr primär auf Handlungsformen, sondern auf Handlungsmaßstäbe abgestellt wird. Zudem vermag das hier vertretene Abgrenzungskriterium zwischen zivilrechtlichen und öffentlich-rechtlichen Verträgen die Beantwortung der Rechtswegfrage wesentlich zu vereinfachen und zu klären.

⁹ Vgl. zu dieser Diskussion um das »Verwaltungsprivatrecht« und die öffentlich-rechtlichen Bindungen des Zivilrechts Erichsen, Staatsrecht und Verfassungsgerichtsbarkeit I, 3 A, 1982, S. 107 ff.

Dementsprechend regelt § 54 Satz 2 VwVfG öffentlich-rechtliche Verträge zwischen Staat und Bürgern abschließend. Zwischen diesen Parteien bleibt darüber hinaus kein Raum für weiteres öffentliches Vertragsrecht. Öffentlich-rechtliche Verträge zwischen Staat und Bürgern sind solche, welche Regelungen treffen, die auch durch Verwaltungsakt getroffen werden können.

II. Das Vertragsverhältnis zwischen Staat und Bürger

Über die Parallelität zwischen öffentlich-rechtlichem Vertrag und Verwaltungsakt bestimmt sich auch das Vertragsverhältnis zwischen Staat und Bürgern.

1. Gegenstand öffentlich-rechtlicher Verträge zwischen Staat und Bürger

Öffentlich-rechtliche Verträge kommen dadurch zustande, daß beide Parteien inhaltlich übereinstimmende Willenserklärungen abgeben. Notwendige tatsächliche Voraussetzung dafür ist, daß beide mit der Vereinbarung einverstanden sind, indem sie wollen, daß überhaupt eine Regelung getroffen wird, und zugleich einem bestimmten Inhalt dieser Regelung zustimmen. Dadurch werden die möglichen Gegenstände öffentlich-rechtlicher Verträge zwischen Staat und Bürger erheblich eingeschränkt.

Maßnahmen, welche durch einen einseitig belastenden Verwaltungsakt herbeigeführt werden könnten, kommen als möglicher Vertragsgegenstand nicht in Betracht. Derartige einseitige Anordnungen zeichnen sich gerade dadurch aus, daß sie im öffentlichen Interesse, so auch gegen den Willen des Betroffenen erlassen werden müssen. Greifen sie in die Rechte des Adressaten ein und stellen damit regelmäßig für diesen einen ausschließlich rechtlichen Nachteil dar, so wird das Einverständnis des Betroffenen nur in den seltensten Fällen zu erlangen sein. Daher sind derartige Maßnahmen ihrem Gegenstande nach einer vertraglichen Regelung nicht zugänglich.

Dasselbe gilt in den meisten Fällen auch für einseitig begünstigende Regelungen. Durch sie gibt der Staat einem Antrag des Bürgers in vollem Umfang statt. Für vertragliche Regelungen irgendwelcher Art ist hier kein Raum. Daher ist die Vertragform hier zwar nicht geradezu ausgeschlossen, aber doch ein umständliches Verfahren.

Als primärer Vertragsgegenstand bleiben somit gemischt begünstigend-belastende Maßnahmen. Solche würden regelmäßig durch einen Verwaltungsakt mit Nebenbestimmungen (§ 36 VwVfG) getroffen. Nicht die einseitige Leistungsvergabe oder -forderung, sondern der Leistungsaustausch ist der geeignete Gegenstand vertraglicher Regelungen. Hier ist das wechselseitige Leistungsverhältnis auch typischen vertraglichen Vereinbarungen zugänglich. Deutlich zeigen §§ 55, 56 VwVfG, daß derartige Leistungsbeziehungen tatsächlich das Bild des öffentlichen Vertragsrechts prägen. Danach sind Verträge zwischen Staat und Bürger insbesondere als Vergleichsvertrag oder als Austauschvertrag zulässig. Diese Aufzählung ist zwar nicht abschließend, bezeichnet aber doch, welche Fälle den gesetzlichen Ausgestaltungen zugrunde liegen.

2. Vertragsverhältnisse als »Ausdruck gewandelter Rechtsbeziehungen zwischen Staat und Bürger«?

Durch den Vertragsgedanken hat so der Austauschgedanke auch im öffentlichen Recht Einzug gehalten. An die Stelle einseitiger Pflichtenfestsetzung und -durchsetzung durch Verwaltungsakt sollte so die gegenseitige Vereinbarung treten. So galt der öffentlich-rechtliche Vertrag zwi-

schen Staat und Bürger als Ausdruck einer neu gewonnenen Subjektsqualität des Bürgers im Verhältnis zum Staat¹⁰. Seine Legitimität sollte aus dem Demokratieprinzip folgen¹¹, der Vertrag geradezu die eigentliche Verwirklichung des Demokratiegedankens sein. Konsequentermaßen befriedigt das Vertragsrecht ein bislang »unerfülltes Bedürfnis nach kooperativen Regelungsformen«¹². Entsprechend diesem Vorverständnis fallen Partizipationsgedanke und Vertragsgedanke zusammen; öffentlich-rechtliche Verträge zwischen Staat und Bürger bewirken die kooperative Einbeziehung und Mitwirkung des Staatsbürgers in dem Prozeß staatlicher Herrschaftsausübung.

Der dabei zum Ausdruck kommende Gedanke von Konkordanz und Konsens, welcher im Verhältnis zwischen Bürger und Staat letztlich den Abbau von Herrschaft und damit für den Bürger den Übergang von Heteronomie zu Autonomie begründen soll, erscheint allerdings bereits fragwürdig, wenn der Vertrag zwischen Staat und Bürger in der Begründung zum Verwaltungsverfahrensgesetz als »subordinationsrechtlicher« bezeichnet wird¹³. Hier erscheint das Vertragsrecht als *Ausdruck von Über- und Unterordnung, nicht hingegen als deren Abbau*. Subordination einerseits und Einbeziehung des Bürgers in die Herrschaftsausübung andererseits erscheinen jedoch eher als Gegensätze denn als gleichgerichtete Ziele.

Aber nicht nur die Begründung, sondern auch der Inhalt des § 54 Satz 2 VwVfG steht dem Partizipationsgedanken eher entgegen. Danach sind öffentlich-rechtlicher Vertrag zwischen Staat und Bürger einerseits und Verwaltungsakt andererseits funktional austauschbar. Der Verwaltungsakt gilt jedoch gerade nicht als spezifisches Charakteristikum eines Übergangs vom herrschaftsorientierten konstitutionellen zum partizipatorischen demokratischen Staat. Vielmehr soll dieser Übergang im Verwaltungsrecht gerade durch die Überwindung des konstitutionell anmutenden Verwaltungsaktes durch den demokratisch erscheinenden Vertrag geschehen. Ein solcher Qualitätswechsel wird jedoch zweifelhaft, wenn beide Handlungsformen als gegenseitig surrogierbar erscheinen. Jede nicht ganz formale Betrachtungsweise wird hier davon ausgehen müssen, daß mit dem Wechsel der Handlungsform allein kein Zuwachs an partizipatorischer Demokratie erreicht werden kann. Eine nicht formale, sondern inhaltliche Betrachtungsweise wird demgegenüber davon auszugehen haben, daß Verträge, welche gegenüber Verwaltungsakten austauschbar erscheinen, nur dann als besonders demokratisch erscheinen, wenn dies auch für die Verwaltungsakte gelten würde, die an ihre Stelle treten können.

3. Das Vertragsrechtsverhältnis als Herrschaftsverhältnis

Die funktionelle Parallele zwischen Verwaltungsakt einerseits und öffentlich-rechtlichem Vertrag andererseits zeigt, daß der Formenwechsel allein eben keinen qualitativen Übergang vom konstitutionellen zum demokratischen Verwaltungsrecht darstellt.

Ebenso wie Verwaltungsakte sind Verträge zwischen Staat und Bürger Ausübung staatlicher Herrschaft, nicht hingegen deren Abbau. Das öffentlich-rechtliche Vertragsverhältnis zwischen Staat und Bürger ist ein Herrschaftsverhältnis. Das gilt jedenfalls insoweit, als die insoweit parallelen Verwaltungsakte Herrschaft darstellen würden.

Inwieweit dies der Fall ist, ist allerdings angesichts des gemischten Charakters der meisten Verträge noch keineswegs ausdiskutiert. Solche gemischten Verträge haben eben nicht nur eingreifende, sondern auch leistende Elemente. Unter welchen Voraussetzungen eine derartige Mischung Herrschaft darstellt, läßt sich sicherlich nicht aus einer pauschalen Ineinssetzung von staatlicher Leistung einerseits und staatlichem Eingriff andererseits bestimmen¹⁴. Rechtlich kommen Leistung und Eingriff durchaus unterschiedliche Qualitäten zu. Auch läßt sich je kaum feststellen, ob in einem gemischten Austauschverhältnis der Leistungs- oder der Eingriffsaspekt überwiegt. Ganz unbestreitbar lassen sich allerdings mindestens drei Fallgruppen feststellen, in welchen Leistung und Eingriff rechtlich gleich zu behandeln sind. Dies gilt stets dann, wenn ein rechtlich gewollter Erfolg durch eine Bündelung von Leistungen und Eingriffen erzielt werden soll. Hier sind Leistungs- und Eingriffsaspekt lediglich Kehrseiten ein- und desselben Herrschaftsverhältnisses. Als solche Fallgruppen können gelten:

- die Korrektur zu allgemein gefaßter Eingriffstatbestände durch Leistungstatbestände;
Paradigmatisch hierfür ist das Lohnsteuerrecht. Hier ist die materielle Steuerschuld fast in jedem Fall von dem zunächst eingezogenen Betrag verschieden. Die Steuerschuld ergibt sich erst nach der Verrechnung aller Nachforderungs- und Rückzahlungsansprüche, welche sich aus Zusatzeinkommen und Steuerbefreiungstatbeständen ergeben. Der Verrechnungsanspruch, welcher zum Erstattungsanspruch im Lohnsteuerjahresausgleich wird, dient hier der Korrektur eines allgemein gefaßten Eingriffstatbestandes, nämlich der pauschalen Erhebungsbemessung.
- die Korrektur zu weit gefaßter Eingriffstatbestände durch Leistungsansprüche;
Paradigma hierfür ist das Verbot mit Erlaubnisvorbehalt¹⁵. Hier werden aus Gründen präventiver Kontrolle auch zulässige Handlungen zunächst verboten. Dem zu weit gefaßten Verbotstatbestand entspricht materiell ein Genehmigungsanspruch¹⁶, dessen Verwirklichung erst den materiell intendierten Zustand herstellt: Das Bauen soll nicht überhaupt verboten werden, sondern umgekehrt soll rechtmäßiges Bauen gerade zulässig sein.
- der grundrechtliche Leistungsanspruch, insbesondere der Anspruch aus den Gleichheitssätzen.
Grundrechtliche Leistungsansprüche verwirklichen erst den verfassungsrechtlich intendierten Freiheits- und Gleichheitsschutz. Gerade dann, wenn man die Grundrechte nicht pauschal als Leistungsrechte deutet¹⁷, entstehen Leistungsansprüche aus Freiheits- und Gleichheitsrechten lediglich zur Korrektur vorangegangener staatlicher Grundrechtsbeeinträchtigungen. Hier wird – insbesondere durch den Gleichheitssatz – der Leistungsanspruch gerade deshalb gewährt, weil sich das staatliche Handeln für den Anspruchsinhaber andernfalls als unzulässige Freiheits- oder Gleichheitsbeeinträchtigung darstellen würde.

14 Dies ist unabhängig davon, ob sich der Parlamentsvorbehalt gegenwärtig nach dem Eingriffskriterium richtet oder nicht; dazu BVerfGE 49, 126; s. auch schon E 47, 79 f.; eine pauschale Ineinssetzung liegt darin sicherlich nicht.

15 Hierzu in jüngerer Zeit Gusy, JA 1981, 81 ff. m. w. N.

16 Seit BVerfGE 20, 155.

17 Gegen Grundrechte als Leistungsrechte etwa Battis/Gusy, Einführung in das Staatsrecht, 1981, S. 175 ff.; Gusy, JA 1980, 78 ff.; ders., NPL 1980, 281 ff.; alle m. w. N.

10 BVerwGE 23, 216; s. schon Buddeberg, AöR 1926, 138.

11 Baring, DVBl. 1965, 183; Lenz, JR 1971, 53.

12 Krause, Rechtsformen des Verwaltungshandelns, 1974, S. 230.

13 Siehe oben Fußn. 6.

Die hier dargestellten Fallgruppen, in welchen Leistung und Eingriff grundsätzlich gleich zu bewerten sind, machen einen ganz erheblichen Teil der öffentlich-rechtlichen Vertragsbeziehungen zwischen Staat und Bürger aus. In allen diesen Fallgruppen stellt sich dementsprechend das Vertragsverhältnis als Herrschaftsverhältnis dar.

Nur in ganz seltenen Fällen wird darüber hinaus im vollständig herrschaftsfreien Bereich vertraglich gehandelt. Diese wenigen Verträge müssen wegen ihrer Besonderheiten im folgenden außer Betracht bleiben.

Typischer, regelmäßiger Gegenstand öffentlich-rechtlicher Verträge zwischen Staat und Bürgern ist somit der Leistungsaustausch durch gemischte Verträge, welche Eingriff und Leistung miteinander verbinden. Trotz des Leistungsaspekts erscheint das Vertragsverhältnis regelmäßig als Herrschaftsverhältnis. Öffentlich-rechtliche Verträge, welche gegenüber Verwaltungsakten als austauschbar erscheinen, sind kein Abbau von Herrschaft, sondern deren Ausübung.

III. Öffentlich-rechtliche Verträge zwischen Staat und Bürger in der Handlungsformenlehre

1. Die Zulässigkeit des öffentlich-rechtlichen Vertrages

Daß Verträgen im Staat-Bürger-Verhältnis mit der gesetzlichen Anerkennung dieser Handlungsform in §§ 54 ff. VwVfG eine erhöhte Bedeutung zukommen sollte, ist unbestritten. Nicht recht deutlich wird allerdings stets, worin konkret jene Bedeutung liegen sollte. Insbesondere in der Praxis hat sich der Bedeutungswandel bislang kaum durchgesetzt.

Dabei stellt § 54 Satz 2 VwVfG Verwaltungsakt und Vertrag funktional einander gleich. Was durch Verwaltungsakt geregelt werden könnte, kann auch vertraglich vereinbart werden. Demgegenüber ist insoweit der Abschluß privatrechtlicher Verträge ausgeschlossen. Soweit die Verwaltungsverfahrensgesetze den Anwendungsbereich öffentlich-rechtlicher Verträge ziehen, ist deren Anwendung eine ausschließliche. Daneben ist für konkurrierendes Privatrecht kein Raum. Die aktuelle Konjunktur des privatrechtlichen Vertrages zwischen Staat und Bürger¹⁸ findet ihre Anwendungsmöglichkeiten erst, wenn der Bereich des öffentlich-rechtlichen Vertrages verlassen ist.

Andererseits sind öffentlich-rechtliche Verträge statt eines Verwaltungsaktes nur insoweit zulässig, als keine Rechtsvorschriften entgegenstehen. Dieser Umstand ist unabhängig davon, ob die Einschränkung des § 54 Satz 1 VwVfG (»... soweit Rechtsvorschriften nicht entgegenstehen.«) auch auf Verträge zwischen Staat und Bürgern i. S. von § 54 Satz 2 VwVfG angewendet wird oder aber die Regelung des § 54 Satz 2 VwVfG über die allgemeine Subsidiaritätsklausel des § 1 I VwVfG hinter anderslautende Regelungen zurücktritt oder aber die jeweiligen Handlungsformbestimmungen als Spezialnormen gegenüber den allgemeinen Bestimmungen der Verwaltungsverfahrensgesetze angesehen werden müssen¹⁹. Wichtigster Anwendungsfall dieser Einschränkung ist, daß eine andere Handlungsform als der Vertrag zwingend vorgeschrieben wird²⁰.

2. Öffentlich-rechtlicher Vertrag und Verwaltungsakt

Die funktionelle Äquivalenz von Verwaltungsakt und öffentlich-rechtlichem Vertrag läßt Abgrenzungsfragen als sekundär erscheinen. Desungeachtet kommt der systematischen Einordnung einer Maßnahme in die eine oder andere Kategorie zumindest rechtsdogmatische Bedeutung zu. Dies gilt um so mehr, als äußerlich beide Handlungsformen einander in hohem Maße angenähert sind. Gemischte Verwaltungsakte, welche typischerweise durch öffentlich-rechtliche Verträge zwischen Staat und Bürger vertreten werden könnten²¹, ergehen regelmäßig auf Antrag. Sie stellen sich somit als mitwirkungsbedürftige Verwaltungsakte dar. Deren Dogmatik ist nach wie vor außerordentlich umstritten²².

Anträgen kommt nach § 22 Satz 2 VwVfG einerseits verfahrensrechtliche Bedeutung zu. Sie leiten ein Verwaltungsverfahren ein. Auf Antrag muß eine Behörde tätig werden; ohne Antrag kann oder muß sie tätig werden, soweit dies gesetzlich vorgeschrieben ist. Daneben wird Anträgen auf mitwirkungsbedürftige Verwaltungsakte auch materielle Bedeutung beigemessen. Diese kann sich als Rechtswirkungsvoraussetzung darstellen. Rechtswirkungsvoraussetzungen sind für einen Verwaltungsakt Entstehungsbedingung; ohne die Wirkungskraftsvoraussetzung ist der Verwaltungsakt unwirksam, also noch nicht zustande gekommen. Demgegenüber stellen Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen nicht die Wirksamkeit des Verwaltungsaktes überhaupt, sondern vielmehr lediglich dessen Rechtmäßigkeit her. Beim Fehlen der Wirkungskraftsvoraussetzung ist demnach der Verwaltungsakt unwirksam, aber rechtmäßig; beim Fehlen der Rechtmäßigkeitsvoraussetzung ist er wirksam, aber rechtswidrig.

Dogmatische Probleme der Mitwirkungshandlungen des Bürgers an Verwaltungsakten entstehen regelmäßig dann, wenn die Mitwirkungshandlung fehlerhaft war. Der Grund hierfür liegt einerseits darin, daß gesetzliche Regelungen derartiger materieller Mitwirkungshandlungen nicht vorhanden sind; andererseits ist er darin zu suchen, daß hier das gesetzlich vorgesehene Modell des Verwaltungsaktes verlassen worden ist: Mit dem Umstand, daß Verwaltungsakte einseitige hoheitliche Regelungen ohne Mitwirkung des Bürgers treffen sollen, ist es schlechterdings unvereinbar, daß für eine solche Handlung die Mitwirkung des Bürgers als Wirkungskraftsvoraussetzung qualifiziert wird. Wird eine Maßnahme ausschließlich mit Zustimmung aller Beteiligten wirksam, so liegt eben in der Sache keine einseitige, sondern eine mehrseitige Regelung vor. Hier ist nicht der Verwaltungsakt, sondern der öffentlich-rechtliche Vertrag des adäquate rechtliche Regime. Dessen Regelungen sind so beschaffen, daß sie für konsensuale Vereinbarungen passende, sachgerechte und anwendbare Normen bereithalten.

Dabei kann das Institut des öffentlich-rechtlichen Vertrages zwischen Staat und Bürger einen erheblichen Fortschritt in der Handlungsformenlehre des Verwaltungsrechts bewirken. Wenn eine in der überkommenen Dogmatik als einseitig qualifizierte Regelung keine einseitige, sondern eine mehrseitige darstellt, so liegt es nach dem VwVfG nahe, sie den Bestimmungen für mehrseitige Ver-

18 Hierzu umfassend v. Zezschwitz, NJW 1983, 1873 ff. m. w. N.; D. Ehlers, Verwaltung in Privatrechtsform, 1983.

19 Zu den Folgen eines Verstoßes gegen derartige Verbote s. einerseits Müller, DV 1977, 529; andererseits Meyer/Borgs, aaO (Fußn. 7), § 54 Rdnr. 71; § 59 Rdnr. 22.

20 Eingehend dazu Stelkens/Bonk/Leonhardt, Verwaltungsverfahrensgesetz, 2 A, 1983; § 54 Rdnrn. 44 ff.

21 Siehe oben II 1; zu den Abgrenzungsfragen Schimpf, aaO (Fußn. 3), S. 33 ff.

22 Vgl. nur Wolff/Bachof, Verwaltungsrecht I, 9 A, 1974, S. 402 ff.; zu den Abgrenzungsfragen auch Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2 A, 1982, S. 272 ff.

einbarungen zu unterstellen. Diese Bestimmungen sind eben nicht diejenigen für Verwaltungsakte, sondern für öffentlich-rechtliche Verträge. Daher ist eine Revision der überkommenen Abgrenzung zwischen mitwirkungsbedürftigen Verwaltungsakten einerseits und Verträgen andererseits nicht nur zweckmäßig, sondern rechtlich geradezu geboten. Dies gilt um so mehr, als § 54 Satz 2 VwVfG die funktionelle Äquivalenz von Vertrag und Verwaltungsakt besonders betont.

Überprüfungsbedürftig ist demnach zunächst die überkommene Dogmatik. Soweit für derartige mitwirkungsbedürftige Verwaltungsakte nicht die Verwaltungsaktsform zwingend vorgeschrieben ist, ist im Einzelfall zu prüfen, ob tatsächlich sachgerechte Gründe für die Qualifizierung derartiger Regelungen als Verwaltungsakt vorhanden sind. Ist dies nicht der Fall, so liegt es angesichts der Regelungen der Verwaltungsverfahrensgesetze nahe, solche Maßnahmen als Verträge zu qualifizieren. Dies hätte zur Folge, daß das Zustandekommen vielfältiger Befreiungen, Dispense und Genehmigungen dem Vertragsrecht zu unterstellen wäre. Insbesondere die Schriftform des § 57 VwVfG ist dabei zu beachten. Beide Willenserklärungen sind gem. § 62 VwVfG, 126 BGB in eine Urkunde aufzunehmen. Derartige Formerfordernisse sind allerdings schon insofern wenig neu, als regelmäßig auch für mitwirkungsbedürftige Verwaltungsakte Formerfordernisse bestehen und die Schriftform hier zur Regel geworden ist.

Sofern zwingende Bedürfnisse für die Einordnung von mitwirkungsbedürftigen Staatshandlungen als Verwaltungsakte bestehen – insbesondere, wenn Rechtsvorschriften diese Form zwingend vorschreiben –, so steht kein Grund entgegen, hier zumindest für die erforderlichen Handlungen und Erklärungen des Bürgers das Vertragsrecht anzuwenden. Die Handlungsformenlehre im Verwaltungsrecht würde hierdurch von einigem dogmatischen Ballast befreit und eine zusätzliche, sachgerechte Heranführung an die geltenden Verwaltungsverfahrensgesetze erfahren.

IV. Rechtswidrige Verträge zwischen Staat und Bürger

Die Rechtswidrigkeit öffentlich-rechtlicher Verträge und ihre Folgen sind Gegenstand eines nicht mehr überschaubaren Streites in Rechtsprechung und Literatur²³. Umstritten ist dabei sowohl die Verfassungsmäßigkeit der Nichtigkeitsbestimmungen als auch ihre inhaltliche Konkretisierung. Die Rechtsfehlerlehre und die Rechtsfehlerfolgenlehre ist gegenwärtig zentraler Streitpunkt und Bewährungsprobe des Vertragsrechts.

Dabei zeichnet sich § 59 VwVfG durch ein größtmögliches Maß an inhaltlicher Differenzierung aus. Einzelne Rechtsfehlerfolgen gelten für sämtliche, andere nur für bestimmte Arten von Verträgen. Teilweise werden eigene Nichtigkeitsgründe aufgestellt, teilweise wird auf die Nichtigkeit von Verwaltungsakten, teilweise auf die Rechtswidrigkeit von Verwaltungsakten, teilweise auf die Nichtigkeit zivilrechtlicher Verträge verwiesen. Das Verhältnis dieser Bestimmungen zueinander ist relativ unklar. Deutlich ist allerdings, daß die besonderen Nichtigkeitsgründe des § 59 II VwVfG den allgemeinen des § 59 I VwVfG vorgehen sollen. Folglich können Verträge i. S.

des § 54 Satz 2 VwVfG in weiterem Umfang nichtig sein als solche i. S. des § 54 Satz 1 VwVfG²⁴.

Die Voraussetzungen des § 59 VwVfG unterscheiden rechtmäßige und rechtswidrige Verträge. Die Rechtsfolgen differenzieren nach Gültigkeit und Nichtigkeit des Vertrages. Dabei ist die Abgrenzung jedoch keineswegs deckungsgleich. Zwar sind rechtmäßige Verträge stets gültig, rechtswidrige Verträge hingegen keineswegs stets nichtig. Somit entstehen drei Kategorien von Verträgen: rechtmäßige, gültige Verträge, rechtswidrige, gültige Verträge und rechtswidrige, nichtige Verträge.

1. Verbotsgesetz und Grundrechte

Nach § 59 I VwVfG ist ein öffentlich-rechtlicher Vertrag nichtig, wenn sich die Nichtigkeit aus der entsprechenden Anwendung von Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches ergibt. Strittig ist hier insbesondere, welche Bedeutung dabei dem § 134 BGB zukommt. Hier stellt sich gerade für das öffentliche Recht die Frage nach den Anforderungen an ein »Verbotsgesetz«. Daß Grundrechte Verbotsgesetze sein können, wird überwiegend bestritten²⁵. Wenn für die Unanwendbarkeit des § 134 BGB im öffentlichen Recht die Begründung zum Verwaltungsverfahrensgesetz angeführt wird, so wird diese überinterpretiert. Sie führt vielmehr aus, daß aus § 134 BGB nicht der Schluß von der Rechtswidrigkeit auf die Nichtigkeit öffentlich-rechtlicher Verträge gezogen werden könne²⁶. Vielmehr sei nicht »jede gesetzliche Regelung im Bereich der Verwaltung bereits als ein »gesetzliches Verbot« i. S. des § 134 BGB anzusehen«. Damit ist die Anwendbarkeit des § 134 BGB bereits impliziert; fraglich ist nur noch, unter welchen Voraussetzungen der Rechtswidrigkeitsgrund sich als Verbotsgesetz darstellt.

Grundrechte sind in ihrer Abwehrdimension Verbotsgesetze gegen den Staat²⁷. Sie normieren insoweit Grenzen, vor welchen der Staat halt macht²⁸. Alle neueren Entwicklungen der Grundrechtsauslegung haben nichts daran geändert, daß Grundrechte zumindest auch eine Abwehrdimension, also einen Verbotsinhalt, aufweisen. Dieser Schluß wird für einseitiges Staatshandeln auch regelmäßig gezogen: Grundrechtseingriffe durch Verwaltungsakt oder andere einseitige hoheitliche Maßnahmen sind unzulässig. Sie sind dem Staat grundrechtlich verboten.

Stellt § 54 Satz 2 VwVfG öffentlich-rechtliche Verträge zwischen Staat und Bürger den Verwaltungsakten funktional gleich, so sind sie gegeneinander austauschbar. Die These, nach welcher Grundrechte keine Verbotsgesetze gegen öffentlich-rechtliche Verträge darstellen sollen, würde so aus der Handlungsformänderung zugleich eine Handlungsmaßstabsänderung begründen können. Regelungen, welche sich in der Form des Verwaltungsaktes als unzulässige Grundrechtseingriffe darstellen würden, könnten im Wege des öffentlich-rechtlichen Vertrages vereinbart werden. Die Vertragsform würde so den staatlichen Handlungsspielraum zu Lasten des Bürgers erweitern. Diese Problematik wird unter den Aspekten Rechtsschutzgarantie, Gesetzmäßigkeitsgebot und Grundrechtsverzicht diskutiert.

Das Problem stellt sich unter zwei miteinander verwobenen, aber doch unterschiedlichen Aspekten. Einerseits

24 BT-Drucks. 7/910, S. 82.

25 Nachw. bei Schenke, aaO (Fußn. 23), S. 284.

26 BT-Drucks. 7/910, S. 81.

27 Battis/Gusy, aaO (Anm. 17), S. 177.

28 Forsthoff, VVDStRL 8, 12.

23 Überblick bei Schenke, JuS 1977, 281 ff.; Meyer/Borgs, aaO (Fußn. 7), § 59 RdRn. 13 ff.; Schimpf, aaO (Fußn. 3), S. 122 ff.; alle m. w. N.

garantieren die Grundrechte den Menschen Freiheiten, welche sie selbst inhaltlich definieren und ausfüllen können. Wie der einzelne von seiner Freiheit Gebrauch macht, bleibt ihm im Rahmen der Gesetze selbst überlassen. Andererseits begrenzen die Grundrechte den staatlichen Wirkungsbereich auf materielle und formelle Weise. Der Staat darf materiell nicht in den Grundrechtsschutzbereich hineinregieren; will er dies dennoch tun, so bedarf er dazu einer gesetzlichen Grundlage. Konsequenz kann und darf staatliche Herrschaft nur insoweit ausgeübt werden, als die Gesetze dies erlauben. Eingriffe in den individuellen Freiheitsbereich bedürfen einer gesetzlichen Grundlage. An dieser fehlt es jedoch gerade, wenn der Staat im Wege des öffentlich-rechtlichen Vertrages zwischen Staat und Bürger über den Bereich des gesetzlich Zulässigen hinaus Eingriffe in die individuelle Freiheit vornimmt. Solchen Maßnahmen fehlt gerade die erforderliche gesetzliche Ermächtigungsgrundlage. Dies würde zur Verfassungswidrigkeit des Eingriffs und damit zu einem grundgesetzlichen Verbot derartiger Herrschaftsausübung führen. Sind die Grundrechte demnach auch Verbotsnormen gegen den Staat und untersagen diesem, Herrschaft über den gesetzlich vorgesehenen Bereich hinaus zu Lasten individueller Freiheit auszuüben, so steht einer Qualifizierung der Grundrechte als Verbotsgesetz i. S. der §§ 59 I VwVfG, 134 BGB nichts entgegen.

Dieses Ergebnis wird jedoch mit zweifacher Begründung abgelehnt: Einerseits mit dem Aspekt, § 59 I VwVfG sei selbst die Ermächtigungsgrundlage für vertragliche Grundrechtseingriffe über den Bereich des gesetzlich Erlaubten hinaus; andererseits mit dem Argument, daß der Bürger dem Vertrag zugestimmt und somit auf seinen Grundrechtsschutz insoweit verzichtet habe. Die These, daß § 59 I VwVfG eine Ermächtigungsgrundlage an den Staat darstelle oder vorhandene Ermächtigungsgrundlagen erweitere²⁹, ist nur mit einem logischen Zirkel begründbar. Soll § 59 I VwVfG nicht den Schluß von der Rechtswidrigkeit auf die Nichtigkeit öffentlich-rechtlicher Verträge begründen, so können danach die Grundrechte keine Verbotsgesetze sein, da eben der Schluß von der Rechtswidrigkeit auf die Nichtigkeit nicht gezogen werden könne. Dieser Zirkelschluß wäre nur dann zutreffend, wenn dargetan würde, daß Rechtswidrigkeit und Grundrechtswidrigkeit vollständig zusammenfielen. Dann müßte der Kanon möglicher Rechtsverletzungen mit den Grundrechtsverletzungen notwendig zusammenfallen. Grundrechte und allgemeine Rechtsordnung sind jedoch keineswegs kongruent. Vielmehr bliebe auch nach Abzug von Grundrechtsverstößen noch ein weiterer Bereich möglicher Rechtswidrigkeiten, welche nicht notwendig zur Nichtigkeit des Vertrages führen würden, wenn die Grundrechte als Verbotsgesetze qualifiziert würden. Der dargestellte Zirkelschluß ignoriert eben den Umstand, daß die Einbeziehung des § 134 BGB in den Verweisungskanon des § 59 I VwVfG bereits eine erhebliche Einengung derjenigen Rechtsverstöße enthält, welche zur Nichtigkeit führen können. Alle Rechtsnormen, die nicht Verbotsgesetze sind, werden sanktionslos gestellt. Der Kreis der Verbotsgesetze ist eben enger als derjenige der allgemeinen Rechtsordnung. Folglich kann das Argument, § 59 I VwVfG ziehe aus der Rechtswidrigkeit eines Vertrages nicht notwendig den Nichtigkeitsschluß, der Qualifizierung einzelner Vorschriften als Verbotsgesetze nicht entgegengehalten werden. Darüber hinaus stehen der Charakterisierung des

§ 59 I VwVfG als Eingriffsermächtigung weitere verfassungsrechtliche Bedenken entgegen. Diese betreffen insbesondere die fehlende Berücksichtigung des Zitiergebotes nach Art. 19 I 2 GG und die vollständige Unbestimmtheit der Vorschrift. Insgesamt kann demnach § 59 I VwVfG keine verfassungsgemäße Eingriffsermächtigung darstellen.

Auch das Argument der Zustimmung des Bürgers zum öffentlich-rechtlichen Vertrag kann ein staatliches Hineinwirken in den Schutzbereich der Grundrechte nicht rechtfertigen. Zwar kann der Bürger von den ihm eingeräumten Freiheiten nach eigenem Belieben Gebrauch machen. Dieser Umstand erweitert allerdings nicht den Herrschaftsbereich des Staates. Auch wenn der Bürger von seinem Grundrecht keinen Gebrauch macht, ist der Staat nicht befugt, andere als gesetzlich vorgesehene Eingriffe vorzunehmen. Insoweit herrscht im öffentlichen Recht gerade keine Privatautonomie, welche die Verfügung über eigene Rechte zugunsten anderer Privater weitgehend gestattet. Ist so im Zivilrecht der rechtsverbindlich erklärte Wille des einen Rechtstitel für Ansprüche anderer, so gilt dies gegenüber dem Staat nicht. Er ist darauf verwiesen, seine Rechtstitel aus der allgemeinen Rechtsordnung, also den verfassungsgemäßen Gesetzen, zu beziehen. Ein Verzicht des Bürgers erweitert den staatlichen Handlungsfreiraum somit nicht. Dies gilt um so mehr, als für öffentlich-rechtliche Verträge zwischen Staat und Bürger regelmäßig die Grundlage der Privatautonomie fehlt. Basiert diese auf der rechtlichen Gleichheit der Beteiligten, so ist die Grundlage öffentlich-rechtlicher Verträge zwischen Staat und Bürger regelmäßig ein Herrschaftsverhältnis³⁰. Damit fehlt es zugleich an der rechtlichen Freiwilligkeit, welche im Zivilrecht die notwendige Voraussetzung der Verfügungsmöglichkeit über eigene Rechte ist. Einwilligungen, welche aufgrund staatlicher Herrschaft erklärt worden sind, vermögen Eingriffe in die grundrechtlich geschützten Güter Freiheit und Gleichheit nicht zu rechtfertigen³¹.

Dementsprechend sind keine Argumente erkennbar, welche den Grundrechten als Abwehrrechten ihren Charakter als Verbotsgesetze i. S. des § 59 I VwVfG i. V. mit § 134 BGB absprechen könnten. Grundrechte sind Verbotsgesetze demnach nicht nur gegenüber einseitigen staatlichen Maßnahmen, etwa Verwaltungsakten, sondern auch gegen deren funktionelles Äquivalent, nämlich öffentlich-rechtliche Verträge zwischen Staat und Bürger.

2. Verbotsgesetz und Kollusionsverbot

Gegen diese verfassungsrechtliche Argumentation werden allerdings gesetzessystematische Einwände aus dem Verwaltungsverfahrensgesetz selbst erhoben. Nach § 59 II 2 VwVfG ist ein öffentlich-rechtlicher Vertrag i. S. des § 54 Satz 2 VwVfG nichtig, wenn ein Verwaltungsakt mit entsprechendem Inhalt rechtswidrig wäre und dieses den Vertragsschließenden bekannt war. Das Kollusionsverbot soll ein rechtswidriges Zusammenwirken von Beamten und Bürgern verhindern. Daraus wird der Schluß gezogen, daß Gesetzesverstöße nach § 59 II Nr. 2 VwVfG nur zur Nichtigkeit des Vertrages führen sollen, wenn dies allen Vertragsschließenden bekannt war. Unbemerkte Rechtsverstöße unterfallen dieser Vorschrift hingegen nicht. Soll

²⁹ Meyer/Borgs, aaO (Fußn. 7), § 59 Rdnr. 5 m. w. N.; krit. Renck, BayVBl. 1983, 318 f.; s. auch schon BVerwGE 42, 332 ff.

³⁰ Siehe oben II 3; ferner H. P. Bull, Allgemeines Verwaltungsrecht, 1982, S. 267 f.

³¹ Dies ist der verfassungsrechtliche Ertrag der Schrift von Amelung, Die Einwilligung in die Beeinträchtigung eines Grundrechtsgutes, 1981; ausführlich hierzu Schimpf, aaO (Fußn. 3), S. 199 ff.

§ 59 II VwVfG eine Erweiterung der Nichtigkeitsgründe des § 59 I VwVfG darstellen, so können danach unbenutzte Rechtsverstöße auch nicht nach § 59 I VwVfG zur Nichtigkeit des Vertrages führen³².

Dieser Schluß ist allerdings schon formal unrichtig. § 59 I VwVfG i. V. mit § 134 BGB thematisiert einen bestimmten Fall qualifizierter Rechtswidrigkeiten, nämlich denjenigen des Verstoßes gegen Verbotsgesetze. Demgegenüber stellt § 59 II Nr. 2 VwVfG auf einen anderen Fall qualifizierter Rechtswidrigkeit ab, nämlich denjenigen des kollusiven Handelns. Inwiefern zwischen beiden ein Spezialitäts- oder Subsidiaritätsverhältnis bestehen sollte, ist nicht erkennbar. Kollusion ist nicht Voraussetzung des § 59 I VwVfG, das Verbotsgesetz ist kein Tatbestandsmerkmal des § 59 II Nr. 2 VwVfG.

Darüber hinaus sind auch die Anwendungsbereiche beider Vorschriften keineswegs deckungsgleich. Ein kollusives Zusammenwirken zu Lasten des Bürgers ist als Grundrechtsverstoß stets unzulässig³³; das Einverständnis des Bürgers ist dabei ohne Bedeutung. Eine Kollusion zu Lasten Dritter würde nach § 58 VwVfG zur schwebenden Unwirksamkeit des Vertrages führen. Demgegenüber würde eine Kollusion zu Lasten des Staates weder von der einen noch der anderen Konstellation erfaßt. Hier liegt denn auch der eigentliche Sinn des Kollusionsverbots: ein Zusammenspiel zwischen Bürger und Behörde als Vertreter des Staates zu Lasten des vertretenen Staates soll verhindert werden. Dadurch wird der zweck- und gesetzwidrige Abfluß öffentlicher Ressourcen in private Hände vereitelt. Derartige Vorgänge sind grundrechtlich irrelevant. So ist § 59 II Nr. 2 VwVfG eine Ausprägung des Vertrauensschutzes des Bürgers in rechtswidrige Begünstigungen seitens des Staates. Darauf stellt auch die Begründung³⁴ ab, wenn sie das Vertrauen des Vertragspartners in den Bestand des öffentlich-rechtlichen Vertrages lediglich für den Kollusionsfall ausschließt. Derselbe Gedanke ist für Verwaltungsakte in § 48 II VwVfG ausgedrückt. Eine tatbestandliche Überschneidung zwischen Kollusionsver-

bot und Grundrechtsschutz ergibt sich somit nicht. Das erstere schützt den Staat, dies letztere den Bürger. Auch die Systematik des § 59 VwVfG steht somit einer Qualifizierung der Grundrechte als Verbotsgesetze i. S. von § 59 I VwVfG i. V. mit § 134 BGB nicht entgegen. Öffentliche Verträge zwischen Staat und Bürger, welche gegen Grundrechte verstoßen, sind demnach nichtig.

3. Das Dilemma des allgemeinen öffentlichen Vertragsrechts

Die hier dargestellten Aspekte des öffentlichen Vertragsrechts betreffen nahezu ausschließlich Verträge zwischen Staat und Bürger; Abkommen zwischen Trägern öffentlicher Verwaltung oder Behörden unterfallen schon thematisch in den seltensten Fällen der angesprochenen Problematik. Daraus resultiert zugleich das Dilemma des allgemeinen öffentlichen Vertragsrechts. §§ 54 ff. VwVfG sollten und sollen für jede Art von Verträgen gelten. Maßgeblich dafür war die Ansicht, daß »koordinationsrechtliche und subordinationsrechtliche Verträge nur in wenigen Punkten einer unterschiedlichen Regelung bedürfen, sonst aber gleich behandelt werden können«³⁵.

Demgegenüber zeigen die dargestellten Aspekte, daß die verfassungsrechtlichen und gesetzlichen Fragestellungen für die einzelnen Typen von Verträgen durchaus unterschiedlich sein können. Was für Verträge zwischen staatlichen Organen und Instanzen gilt, gilt deshalb noch lange nicht für Übereinkommen zwischen Staat und Bürger. Hier ist nach dem Gegenstand und dem Inhalt der Verträge durchaus eine differenzierende Betrachtungsweise geboten. Eine derart differenzierende Anschauung wird von überkommenen verwaltungsrechtlichen Dogmen ebenso Abschied nehmen müssen wie von dem Einheitlichkeitspostulat.

Das allgemeine Vertragsrecht ist in §§ 54 ff. VwVfG nur ansatzweise geregelt; überwiegend liegt es ihnen zugrunde oder voraus. Die Vielschichtigkeit der dabei auftretenden Probleme wird eine sachlich wie rechtlich angemessene Gesetzesauslegung und -anwendung überhaupt erst ermöglichen. Der öffentlich-rechtliche Vertrag ist gesetzlich anerkannt, das allgemeine öffentliche Vertragsrecht steht noch am Anfang.

32 Krit. dazu *Schenke*, aaO (Fußn. 23), S. 289; *Schimpf*, aaO (Fußn. 3), S. 271 ff.

33 Siehe oben IV 1.

34 BT-Drucks. 7/910, S. 82.

35 BT-Drucks. ebd., S. 78.

DIE ENTWICKLUNG DES ÖFFENTLICHEN RECHTS

Auf dem Prüfstand: Bundesraumordnung und räumlicher Umweltschutz

— Bericht über eine Sektionssitzung der Akademie für Raumforschung und Landesplanung am 27. 9. 1983 in Mainz —

Von Dr. Gerhard Zoubek, Münster

Ein Tabuthema ist die Bundesraumordnung zugegebenermaßen nie gewesen, wenngleich der Bund — genauer gesagt: der für die Raumordnung zuständige Bundesminister — in den letzten Jahren raumordnungspolitisch kaum in Erscheinung getreten ist und dieser Umstand von vielen nicht nur als wenig wünschenswert, sondern mitunter sogar als abträglich bezeichnet worden ist. Aber auch die Wissenschaft hat die Bundesraumordnung weithin eher stiefmütterlich behandelt. Nun mag ein besonders ausgeprägter Hang zum Föderalismus solche marginale Aufmerksamkeit fördern oder gar verstärken, der Sache angemessen dürfte eine derartige Haltung schon deswegen nicht sein, weil der Bund nach Art. 75 Nr. 4 GG immerhin die Kompetenz zur Rahmengesetzge-

bung besitzt, von der er auch durch Erlaß des Bundesraumordnungsgesetzes von 1965 Gebrauch gemacht hat. Außerdem ist die Frage, ob dem Bund nicht darüber hinaus — zumindest in gewissen Fällen — eine eigene Kompetenz zur Bundesraumordnung zukommt, etwa unter dem Gesichtspunkt »Zuständigkeit kraft Natur der Sache«, noch immer nicht grundlegend behandelt, geschweige denn entschieden worden.

Ein zweites kommt hinzu: Die Grenzen des Wachstums vor Augen richtet sich landauf und landab der Blick auf das Machbare, das selbstverantwortet und aus eigener Kraft — um nicht das Modewort »endogen« bemühen zu müssen — die weitere Entwicklung beeinflussen soll. Eine Erfolgskontrolle des bisherigen Wir-